

University of Groningen

## Rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen

Mak, Elaine; Mackor, Anne-Ruth; van Domselaar, Iris

*Published in:*  
Netherlands Journal of Legal Philosophy

*DOI:*  
[10.5553/NJLP/221307132020049002001](https://doi.org/10.5553/NJLP/221307132020049002001)

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Mak, E., Mackor, A-R., & van Domselaar, I. (2020). Rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen. *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 49(2), 133-142.  
<https://doi.org/10.5553/NJLP/221307132020049002001>

**Copyright**

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

**Take-down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## REDACTIONEEL

# Rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen

*Elaine Mak, Anne Ruth Mackor & Iris van Domselaar*

In EU-lidstaten Polen en Hongarije, maar ook in landen als Turkije, Oekraïne, Venezuela en de Verenigde Staten, is de institutionele positie van de rechterlijke macht de laatste jaren onder druk komen te staan. Fundamentele verschuivingen in maatschappelijke en politieke (machts)verhoudingen hebben het evenwicht van instituties in de rechtsstaat verstoord, inclusief de positie van de rechterlijke macht daarin. Die verschuivingen betreffen in het bijzonder de opkomst van populisme en de confrontatie met grensoverschrijdende uitdagingen zoals migratie en klimaatverandering. Polen en Hongarije zijn de laatste jaren betrokken geraakt in diverse procedures in EU-verband vanwege hervormingen van onder meer de rechtspraak die worden gezien als bedreigend voor de rechtsstaat.<sup>1</sup> In Nederland doet druk op de rechtsstatelijke rol van de rechterlijke macht zich voor in spanningen met de uitvoerende macht (zich bijvoorbeeld manifesterend in discussie over verminderde financiële middelen) en in wrijvingen tussen rechtspraak en politiek in onder meer de Urgenda-zaak en het Wilders-proces.<sup>2</sup> Discussies over deze ontwikkelingen staan onder andere in de sleutel van juridisering van de politiek (bijvoorbeeld bij de Urgenda-zaak) en politisering van rechtspraak (bijvoorbeeld bij de hervormingen in Polen). In (wetenschappelijke) analyses is het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid een belangrijk conceptueel en normerend uitgangspunt voor het verwerven van inzicht en het kritisch evalueren van deze fenomenen.<sup>3</sup>

- 1 Zie voor een overzicht 'Poolse democratie en rechtsstaat onder druk' (Europa Nu) [https://www.europa-nu.nl/id/vk0fgo42frun/poolse\\_democratie\\_en\\_rechtsstaat\\_onder](https://www.europa-nu.nl/id/vk0fgo42frun/poolse_democratie_en_rechtsstaat_onder) (geraadpleegd 19 augustus 2020); 'Hongaarse democratie en rechtsstaat onder druk' (Europa Nu), [https://www.europa-nu.nl/id/vimofunw7xns/hongaarse\\_democratie\\_en\\_rechtsstaat](https://www.europa-nu.nl/id/vimofunw7xns/hongaarse_democratie_en_rechtsstaat) (geraadpleegd 19 augustus 2020).
- 2 Zie voor analyses over de rechterlijke macht in Nederland onder andere I. van Domselaar, 'Moral Quality in Adjudication: On Judicial Virtues and Civic Friendship', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 44, 1, (2015), 24-46; A.R. Mackor, 'Om des gewetenswille: over geweten, Recht met een Hoofdletter en de democratische rechtsstaat', *Trema: Tijdschrift voor de Rechterlijke Macht*, 3, (2018); E. Mak, 'Rechterlijke macht: balanceren in de dynamiek van politiek, samenleving en professie', in *Instituten van de staat*, red. E.R. Muller, H.R.B.M. Kummeling & R. Nehmelman (red.), (Deventer: Wolters Kluwer, 2020), 331-363.
- 3 Zie onder andere J. Ferejohn, 'Judicializing Politics, Politicizing Law', *Law and Contemporary Problems* 65, 3, (2002), 41-68; R. Hirschl, 'The Judicialization of Politics', in *The Oxford Handbook of Law and Politics*, red. G.A. Caldeira, R.D. Keleman & K.E. Whittington (Oxford: Oxford University Press, 2008), 119-141; M. Belov (red.), *Courts, Politics and Constitutional Law: Judicialization of Politics and Politicization of the Judiciary* (Londen en New York: Routledge, 2020).

Elaine Mak, Anne Ruth Mackor & Iris van Domselaar

Tijdens de Voorjaarsvergadering 2019 van de Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht (VWR) is vanuit rechtsfilosofisch perspectief ingegaan op de positie van de rechterlijke macht, meer in het bijzonder de zittende magistratuur in democratische rechtsstaten.<sup>4</sup> Het accent lag op de betekenis van het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid in samenhang met andere constitutionele beginselen, zoals democratie, scheiding van machten en bescherming van fundamentele rechten. De bijdragen die naar aanleiding van de conferentie in dit special issue zijn verzameld, bieden een caleidoscopisch inzicht in de betekenis van het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid als een brandpunt in discussies in verschillende rechtsstelsels over constitutionele machtsverhoudingen en rechtsstatelijkheid.

Dit special issue bestaat uit een geactualiseerde versie van de column die Ronald Janse tijdens de vergadering uitsprak en vier artikelen, gebaseerd op de presentaties van Petra Gyöngyi, Maurits Helmich, Anneloes Kuiper-Slendebroek en Jip Stam. Janse benoemt in zijn column een belangrijk aspect met betrekking tot de rol van de rechter in een rechtsstaat: de betekenis van rechtsstaatscultuur. Hij bekijkt wat we in Nederland kunnen leren van recente ontwikkelingen in Polen en karakteriseert de rechtsstaat als 'een duurzame vorm van zelfbinding'.<sup>5</sup> Die zelfbinding is gewaarborgd door het bestaan van een constitutie en *checks and balances* tussen de staatsmachten, inclusief de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht. Een Poolse les is dat de rechtsstaat kwetsbaar is als die cultuur van zelfbinding ontbreekt.

De vier artikelen verhelderen op basis van rechtstheoretische en juridische analyses wat de rol van de rechterlijke macht als tegenkracht in het evenwicht van staatsmachten kan inhouden. Stam betreft in zijn analyse naast het principe van machtscheiding tevens het democratiebeginsel en het grondrecht op vrijheid van meningsuiting. Alle auteurs kiezen voor een 'recht in context'-benadering, waarbij verschillende rechtsstelsels en thema's de revue passeren. De besproken

4 De Voorjaarsvergadering van de VWR vond plaats op 6 juni 2019 in het Utrechtse Catharijneconvent in samenwerking met het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging (UU). De conferentie opende met een keynote-lezing van Martin Kuijer (VU/Venice Commission), waarbij Elaine Mak (UU) refereerde en de discussie leidde. Het ochtendprogramma werd afgesloten met een gesproken column van Ronald Janse (OU), als geschreven bijdrage opgenomen in dit special issue. In de middag vonden presentaties plaats, waarvan er vier zijn uitgewerkt tot artikelen en terug te vinden in dit special issue. Ter afsluiting van de conferentie reikte juryvoorzitter Arend Soeteman (VU) de tweejaarlijkse VWR-dissertatieprijs uit aan Tamar de Waal (UvA) voor haar proefschrift *Conditional Belonging* (UvA 2017). Op 7 juni 2019 vond een verdere activiteit rondom het conferentiethema plaats. In de ochtend discussieerde een panel van experts over onafhankelijke rechtspraak en media in een openbare sessie in Amsterdam, georganiseerd door de VWR en het Amsterdam Centre on the Legal Professions (UvA). Deelnemers aan de paneldiscussie waren Saskia Belleman (Telegraaf), Elaine Mak (UU), Nathalie van Waterschoot (NVvR) en Marc de Werd (UvA). Iris van Domselaar (UvA) trad op als moderator. Op 7 juni konden geïnteresseerden ook de oratie van Marc de Werd bijwonen over 'De derde staatsmacht; over kracht en kwetsbaarheid van rechtspraak' (UvA 2019).

5 R. Janse, 'Rechtsstaatscultuur', dit nummer, 145.

rechtsstelsels zijn Nederland (Stam, Helmich, Kuiper), het Verenigd Koninkrijk (Helmich) en Hongarije (Gyöngyi). Thema's die aan bod komen, zijn de afbakening tussen rechtspraak en politiek debat (Stam, Helmich), de spanning tussen de constitutionele rol van de rechter en rechterlijke ethiek (Gyöngyi) en de wederzijds legitimerende werking van nationale rechtspraak en het internationale publiekrecht (Kuiper). De bijdragen bestrijken verschillende rechtsgebieden, steeds met een connectie met het staatsrecht, als rechtsgebied waar constitutionele beginselen in het positieve recht een verankering krijgen. Daarnaast is er aandacht voor verbanden van staatsrecht en constitutionele beginselen met het materiële strafrecht (Stam, Gyöngyi) en met institutionele aspecten van internationaal publiekrecht (Kuiper). Een bijdrage onderzoekt een breder veld van normen door te analyseren hoe positief recht en constitutionele beginselen in verhouding staan tot professioneel-ethische normen voor rechters (Gyöngyi). Naast de rol van de rechter in het evenwicht van staatsmachten komt ook de eigenstandige rol van de rechter als rechtsvormer en rechtshandhaver aan de orde, hier toegespitst op de ontwikkeling van het internationale publiekrecht (Kuiper).

De artikelen zijn op conceptueel en juridisch-inhoudelijk vlak verdiepend, aanvullend en op enkele punten overlappend ten opzichte van elkaar. Hieronder volgt een kort overzicht van de belangrijkste punten die de auteurs naar voren brengen. Aansluitend gaan we nog kort in op de normatieve uitgangspunten die de auteurs – uitdrukkelijk of impliciet – hanteren en op daaraan gerelateerde onderlinge verbanden tussen de bijdragen.

Jip Stam analyseert de vrijheid van meningsuiting van volksvertegenwoordigers en formuleert daarbij de vraag: 'Moet de strafrechter ook de scheidsrechter zijn van het politieke debat?'<sup>6</sup> Een eerste toetssteen is het uitgangspunt van rechtszekerheid. Stam stelt dat dit uitgangspunt in het gedrang kan komen bij een complexe ontwikkeling van de jurisprudentie, vooral waar het gaat om de artikelen 137c en 137d van het Wetboek van Strafrecht. Een tweede ijkpunt betreft het principe van machtscheiding, dat volgens Stam in het geding komt wanneer de ruimte voor de rechter om de uitingsdelicten verder in te kleuren met betrekking tot de rol en status van volksvertegenwoordigers te groot wordt. Stam verheldert de betekenis van vrijheid van meningsuiting voor de representatieve democratie op basis van de theorieën van Mill en Dworkin (liberaal perspectief m.b.t. waardigheid van het individu) en Heinze (democratisch perspectief m.b.t. burgerschap).<sup>7</sup> Hij beargumenteert dat de parlementaire immuniteit een waarborg biedt die aansluit bij het democratische perspectief. In ons staatsbestel beperkt die immuniteit zich tot het parlementaire debat; daarbuiten komen de strafrechtelijke uitingsdelicten in beeld. Stam bespreekt jurisprudentie voortkomend uit strafzaken tegen politici en constateert problemen voor de rechtszekerheid in verband met de formulering van de rechtsregels, in het

6 J. Stam, 'De scheiding der machten in het licht van de vrijheid van meningsuiting voor volksvertegenwoordigers', dit nummer, 149-178.

7 Stam, 'Vrijheid van meningsuiting voor volksvertegenwoordigers', 151-157.

bijzonder de onbepaaldheid van het begrip ‘ras’, en de rechtstoepassing door de rechter, bijvoorbeeld de beoordeling van de intenties van een verdachte.<sup>8</sup> Vervolgens onderzoekt hij of een oplossing voor dit probleem voorhanden is in contextuele toetsing door de rechter, zoals ontwikkeld in de jurisprudentie van het EHRM en overgenomen door de Hoge Raad. Deze toetsing geeft de rechter de mogelijkheid om politieke uitlatingen als ‘een bijdrage aan het maatschappelijk’ te beschouwen, waarmee de eventuele strafwaardigheid van die uitlatingen komt te vervallen. Op basis van zijn analyse betoogt Stam dat de helderheid die dit jurisprudentiële kader aanvankelijk schiep recent is verminderd vanwege een door de Hoge Raad toegevoegd inhoudelijk en relatief onderbepaald criterium ten aanzien van politici: bij hun uitlatingen moet beoordeeld worden of deze ‘aanzetten tot onverdraagzaamheid’. Stam roept de wetgever op ervoor te zorgen dat de ruimte voor een vrij politiek debat, zonder ‘politieke inmenging van het OM en de strafrechter’, duidelijker wordt afgebakend.<sup>9</sup>

Maurits Helmich stelt de vraag welke reden er is om aan te dringen op ‘apolitieke’ rechtspraak, indien we accepteren dat rechtsvinding met betrekking tot constitutionele vraagstukken een inherent politiek aspect heeft. De centrale focus van zijn artikel betreft de *norm of judicial apoliticity* (hierna: NJA), die in een democratisch stelsel tegenwicht biedt aan de vrees voor willekeurige machtsuitoefening door onafhankelijke experts (hier: rechters).<sup>10</sup> Helmich presenteert een *mid-level legal theory*, waarin hij zich positioneert ten opzichte van Dworkin. Zijn theorie omvat twee uitgangspunten: de veronderstelling dat rechters in moeilijke zaken vergelijkende oordelen geven over de te verdedigen juridische interpretatie en de veronderstelling dat die vergelijkende oordelen gekoppeld zijn aan verschillende individuele normatieve oriëntaties, waardoor rechters uitkomen op verschillende antwoorden op dezelfde rechtsvraag.<sup>11</sup> Helmich bespreekt de Britse Miller-zaak (over Brexit) en de Nederlandse Urgenda-zaak om relevante kenmerken van moeilijke constitutioneelrechtelijke zaken in kaart te brengen. In beide zaken was het evenwicht van machten tussen rechtspraak en politiek onderwerp van discussie. Aspecten die naar voren komen met betrekking tot *apoliticity*, betreffen de afbakening van juridische en extra-juridische rechtsinterpretaties en de vaststelling van de bevoegdheid van de rechter om zich over die interpretatie uit te spreken. Helmich laat zien dat de in deze zaken aangeroepen NJA op diverse en soms conflicterende manieren wordt begrepen en dat het begrip zelf een politieke lading heeft. Hij stelt zich ten doel te verkennen of de NJA, ondanks die politieke basis, alsnog kan worden gereconstrueerd als een coherent concept ten behoeve van de vaststelling wanneer rechterlijke terughoudendheid gewenst is. In die reconstructie – waarin Helmich vooral reflecteert op de theorie van Dworkin – is het begrip *apoliticity* niet primair gegrond in rechtsfilosofische idealen, maar veeleer in de

8 Stam, ‘Vrijheid van meningsuiting voor volksvertegenwoordigers’, 162-165.

9 Stam, ‘Vrijheid van meningsuiting voor volksvertegenwoordigers’, 175-178.

10 M. Helmich, ‘Restraint as a Source of Judicial “Apoliticity”: A Functional Reconstruction’, dit nummer, 179-195.

11 Helmich, ‘Judicial “Apoliticity”’, 182.

functionaliteiten van de rechtspraktijk. In plaats van een morele theorie vormt een maatschappelijke consensus de grondslag voor het reguleren van de onderwerpen waarover rechters zich wel of niet mogen uitspreken in hun oordelen. Helmich erkent dat een complexe vraag dan nog onbeantwoord blijft, namelijk de beoordeling van beweringen over het politieke of apolitieke karakter van bepaalde vormen van besluitvorming. Uiteindelijk is het antwoord op die vraag contextafhankelijk en gerelateerd aan een opvatting over wat passende onderwerpen zijn voor een publieke ideologische strijd.<sup>12</sup>

Petra Gyöngyi gaat in haar bijdrage in op de spanning die zich kan voordoen als een constitutionele plicht van de rechter om het geldende recht toe te passen wringt met gedragsnormen die voortvloeien uit professioneel-ethische waarden.<sup>13</sup> Zij illustreert haar theoretische analyse aan de hand van ontwikkelingen in het Hongaarse rechtssysteem sinds 2010. Rechters worden op basis van een reeks van constitutionele hervormingen geacht rechtsregels enkel nog te interpreteren in het licht van de Grondwet en de doelstellingen die de wetgever beoogde te realiseren. Deze constitutionele regeling biedt weinig ruimte om rekening te houden met jurisprudentie van het Constitutionele Hof, constitutionele conventies en maatschappelijke ontwikkelingen. Tegenover dit constitutionele kader staat een niet-bindende professioneel-ethische norm van rechterlijke onafhankelijkheid, waarin naast het positieve recht ook het geweten van de rechter wordt aangesproken. De spanning tussen genoemde juridische en ethische normen deed zich sterk gevoelen bij de criminalisering van dakloosheid. Het Constitutionele Hof oordeelde in 2012 dat sprake was van een (ongrondwettelijke) perversie van het strafrechtssysteem, dat wil zeggen een gebruik van het strafrecht voor doelstellingen die niet passend zijn (hier: de aanpak van een sociaal probleem).<sup>14</sup> De Hongaarse regering heeft de strafbaarstelling vervolgens alsnog doorgezet door wijziging van de Grondwet. Gyöngyi maakt in een analyse van rechterlijke uitspraken zichtbaar dat rechters op verschillende wijzen om de strafwet heen hebben gewerkt. Zij herkent in deze benadering uitdrukkingen van professioneel-ethische deugden, zoals rechterlijke rechtvaardigheid en rechterlijke moed.<sup>15</sup> Niettemin heeft een uitspraak van het Constitutionele Hof uit 2019 geleid tot een inperking van de mogelijkheden voor rechters om rechtsstatelijke vraagstukken aan te snijden via interpretatie, bijvoorbeeld van het begrip 'dakloos', of doorverwijzing naar de constitutionele rechter. Gyöngyi constateert dat de bescherming en ontwikkeling van rechterlijke deugden in het gedrang komt in een context van *rule of law backsliding*, ofwel door

12 Helmich, 'Judicial "Apoliticality"', 194-195.

13 P. Gyöngyi, 'The Obligation of Judges to Uphold Rules of Positive Law and Possibly Conflicting Ethical Values in Context: The Case of Criminalization of Homelessness in Hungary', dit nummer, 196-217.

14 Gyöngyi, 'Obligation of Judges and Ethical Values', 208 (onder verwijzing naar A. Duff).

15 Gyöngyi, 'Obligation of Judges and Ethical Values', 211 (onder verwijzing naar I. van Domselaar). Zie over de deugd van moed tevens I. van Domselaar, 'Moedige juristen in alledaagse context: onbekend en onbemind?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 7175, (2017), 1004-1010.



‘uitschakeling’ ervan in het constitutionele recht ofwel door het ontbreken van (ruimte voor) een kritische professionele reflectie en discussie tussen rechters. De promotie van rechtsstatelijke waarden in een gedragscode voor rechters kan zelfs als averechts effect hebben dat de ruimte voor het realiseren van rechterlijke deugden wordt beperkt. Voor een beter begrip van regressies van de rechtsstaat zoals in Hongarije stelt Gyöngyi voor om bestaande theorieën over de rechtsstaat, die uitgaan van een progressieve ontwikkeling, te verfijnen. Inzichten uit theorieën die zijn ontwikkeld en toegepast in rechtssociologische studies naar de (her)legitimering en veerkracht van instituties bieden mogelijke aanknopingspunten hiervoor.

Anneloes Kuiper-Slendeboek richt haar aandacht op het perspectief dat het internationale publiekrecht ons biedt voor reflectie op rechterlijke rechtsvorming en rechtshandhaving in de nationale context. Zij beschrijft het belang van nationale rechterlijke uitspraken voor de ontwikkeling en de legitimatie van het internationale recht, enerzijds doordat nationale rechtspraak een ‘hulpmiddel voor het vaststellen van internationaal recht’ is en anderzijds doordat zij kan dienen als ‘bewijs van statenpraktijk’.<sup>16</sup> Nationale rechters benadrukken echter lang niet altijd hun rol in internationale rechtsvorming. Zij presenteren zich eerder als rechtshandhaver. Kuiper wijst op een verklaring hiervoor die raakt aan de constitutionele positie van nationale rechters. In een stelsel waar de rechter vooral wordt gezien als een rechtstoepasser zal rechtsvorming ook met betrekking tot internationaal recht moeten plaatsvinden ‘onder de mantel van rechtshandhaving’. Daar waar internationaalrechtelijke normen hiërarchisch ondergeschikt zijn aan nationale wetgeving, kan een passieve nationale rechter met een beroep op zijn rol als rechtshandhaver een ‘schild’ opwerpen tegen kritiek.<sup>17</sup> Kuiper beargumenteert dat nationale rechters een meer zelfstandige positie moeten innemen als toepasser van internationaal recht. Zij kunnen de interpretatie van rechtsnormen daarbij (mede) ontleen aan de internationale jurisprudentie om te verzekeren dat staten hun internationale verplichtingen op de juiste wijze nakomen. Kuiper vertaalt deze algemene uiteenzetting naar een analyse van het constitutionele stelsel en de rol van de rechter in Nederland met betrekking tot de toepassing van het internationale recht. Baanbrekend is in dit verband het Rookverbodarrest, aldus Kuiper, waaruit volgt dat ‘de rechter de rechtstreekse toepassing [van een verdragsbepaling – red.] in het concrete geval beoordeelt, terwijl het verdrag ook de verplichting van de wetgever kan bevatten om nationale wetgeving aan te nemen’.<sup>18</sup> Met deze nieuwe route wordt de rechter in staat gesteld om een actievere rol te vervullen ten aanzien van de nakoming van de internationale verplichtingen van de staat. Kuiper constateert dat zich hier geen knelpunt voordoet in de scheiding van machten, maar dat juist een effectievere rechtsbescherming is gerealiseerd in de nationale context. Het internationale publiekrecht heeft aldus bijgedragen aan een positie van de

16 A. Kuiper, ‘Nationale constitutie versus internationale jurisdictie? Rechtsvorming en rechtshandhaving vanuit internationaalrechtelijk perspectief’, dit nummer, 221.

17 Kuiper, ‘Nationale constitutie versus internationale jurisdictie?’, 224-225.

18 Kuiper, ‘Nationale constitutie versus internationale jurisdictie?’, 233.

ationale rechter 'als een gelijkwaardig lid van de trias, vormer van de rechtsstaat'.<sup>19</sup>

De vier artikelen geven aldus een divers beeld van de rechterlijke rol in hedendaagse rechtsstelsels waar die rol ter discussie staat. Zij haken uitdrukkelijk of impliciet aan bij normatieve uitgangspunten en theorieën over de rol van de rechter in een rechtsstaat. Het is zinvol deze uitgangspunten nader te beschouwen, te beginnen met de deels complementaire analyses van Stam en Helmich over juridisering van politiek. Stam verbindt zijn analyse aan een democratisch perspectief, waarin de beteugeling van rechterlijke machtsuitoefening ten aanzien van de politiek als cruciaal forum voor democratische besluitvorming een belangrijk uitgangspunt is. Helmich positioneert zich ten opzichte van de kritiek van Dworkin, die de NJA kwalificeerde als incoherent en onverdedigbaar en beargumenteerde dat een goede rechter zelf een afweging maakt over de benodigde terughoudendheid in rechterlijke interpretatie. Helmich stelt hiertegenover dat een maatschappelijke keuze met betrekking tot de positie van rechters in de samenleving nodig is en dat de NJA hiervoor een instrument biedt. Een uitgangspunt van vertrouwen geeft dan ruimte voor rechterlijke verantwoordelijkheid ten aanzien van juridische vragen met een morele (maar niet politiek problematische) lading. Bij een uitgangspunt van wantrouwen past een groter primaat van de andere staatsmachten, gekoppeld aan een sterke afbakening van de interpretatiemethoden en interventies waarvan de rechter zich mag bedienen.<sup>20</sup>

De bijdragen van Stam en Helmich zijn van waarde, omdat zij normatieve discussiepunten scherpstellen. Opvallend is echter dat beide analyses geen antwoord bieden op het gevaar van een mogelijke afbraak van de rechtsstaat via het recht, zoals door Janse in zijn column beschreven. Stam betoogt dat de rechterlijke macht de te beteugelen macht is en dat vertrouwen en ruimte moeten worden gegarandeerd voor democratisch verkozen volksvertegenwoordigers.<sup>21</sup> Helmich laat deze kwestie onbesproken en stelt vertrouwen in de totstandkoming van een maatschappelijke consensus over de vraagstukken die rechters wel of niet mogen beoordelen. Beide auteurs bieden aldus een analyse die toepasbaar is op een rechtsstelsel waar een 'cultuur van zelfbinding' bestaat. Niettemin geldt ook voor rechtsstelsels met een sterk verankerde rechtsstatelijke cultuur, zoals Nederland en het Verenigd Koninkrijk, dat de rechtsstaat geen rustig bezit is. Janse signaleert terecht, en onder verwijzing naar Geert Corstens, dat 'Poolse toestanden' [in Nederland – red.] voorlopig niet aan de orde zijn.<sup>22</sup> Diezelfde Corstens heeft echter gepleit voor een versterking van de constitutionele structuren ter bescherming van de rechterlijke onafhankelijkheid. 'Natuurlijk',

19 Kuiper, 'Nationale constitutie versus internationale jurisdictie?', 234.

20 Helmich, 'Judicial "Apoliticality"', 194-195.

21 Stam, 'Vrijheid van meningsuiting voor volksvertegenwoordigers', 175-178.

22 Janse, 'Rechtsstaatscultuur', 140.



betoogt hij, ‘er zijn allerlei informele waarborgen, maar juist die vallen bij het waaien van andere winden gemakkelijk om’.<sup>23</sup>

Verval van de rechtsstaat door de politieke afbraak van de rechterlijke onafhankelijkheid, dat wil zeggen politisering van de rechtspraak, wordt zichtbaar gemaakt in Gyöngyi’s analyse van de constitutionele hervormingen in Hongarije. Zij zoekt aanknopingspunten voor de ontwikkeling van nieuwe rechtsstaten in de theorieën van Selznick en Krygier over de progressieve realisatie van het rechtsstaatsideaal. Gyöngyi beredeneert echter dat deze theorieën te weinig houvast bieden om *rule of law backsliding* het hoofd te bieden. Zij wijt dit aan het ontbreken van expliciete aandacht voor rechtsstaatsverval.<sup>24</sup> Een aanvullende mogelijke verklaring volgt uit een analyse van Sanne Taekema die Gyöngyi aanhaalt. Taekema signaleert dat Selznick en Krygier geen specifieke kwaliteiten van de *rule of law* hebben geformuleerd, maar uitgaan van een theoretisch ideaal met als centrale doelstelling de voorkoming van willekeur in de uitoefening van macht. In de theorieën van Selznick en Krygier zijn er diverse manieren om dit ideaal in juridische praktijken te verwezenlijken, waarbij de context van belang is.<sup>25</sup> De theorieën laten hiermee open hoe te beoordelen of aspecten van juridische praktijken positief of negatief zijn in het licht van de externe normatieve standaard van het rechtsstaatsideaal. Die helderheid is niettemin nodig om een *clinical assessment* van een specifiek rechtssysteem te kunnen maken.<sup>26</sup> Een analyse van de normen en gebruiken die de Nederlandse rechtsstaat bijeenhouden, zoals voorgesteld door Janse, biedt in dit opzicht mogelijk nuttige inzichten over de normen en gebruiken die inhoud geven aan een rechtsstaatscultuur van duurzame zelfbinding, zeker als het onderzoek in meer landen wordt verricht. Institutionele invloeden op de ontwikkeling van rechtsstaatsculturen kunnen worden geïnventariseerd door middel van een analyse over een langere tijdsperiode. De door Gyöngyi genoemde studies over de legitimatie en veerkracht van instituties bieden daarbij mogelijk bruikbare theoretische kaders.

Gyöngyi richt zich ook op de rol van de individuele rechter als professional in de rechtsstaat. Zij analyseert de Hongaarse gedragscode voor rechters en de rechterlijke uitspraken over strafbare dakloosheid in het licht van een theorie van *judicial virtues*, geïnspireerd door het werk van Iris van Domselaar. Gyöngyi maakt de verbinding tussen de idee van de rechtsstaat en dit professioneel-ethische handelingsperspectief via de deugd van *judicial justice*, dat wil zeggen de rechterlijke dispositie ‘to secure the values of political morality’.<sup>27</sup> Uit Van Domselaars *six pack* kunnen daarnaast ook de deugden van *judicial impartiality* en

23 G. Corstens, ‘Bescherm onze rechters tegen de politiek’, *NRC Handelsblad*, 9 januari 2018.

24 Gyöngyi, ‘Obligation of Judges and Ethical Values’, 199-200.

25 S. Taekema, ‘Two Realist Idealists Theorizing the Rule of Law’, *Hague Journal on the Rule of Law* 11, 2-3, (2019), 302.

26 Taekema, ‘Two Realist Idealists’, 302-303.

27 Van Domselaar, ‘Moral Quality in Adjudication’, 33; Gyöngyi, ‘Obligation of Judges and Ethical Values’, 198.

*judicial independency* worden genoemd,<sup>28</sup> die betekenis hebben op zowel het niveau van de individuele professional als het niveau van de politieke en juridische instituties in een staat. Ook vanuit deze focus op de rechterlijke ethiek dient zich een mogelijkheid aan tot het verkrijgen van nader inzicht in de normen en gebruiken die inhoud geven aan een rechtsstaatcultuur. Normen kunnen (deels) worden gevonden in gedragscodes voor rechters, gebruiken (deels) in het handelen van rechters in de uitoefening van hun professie.<sup>29</sup> Gyöngyi presenteert aldus een interessant voorstel voor de ontwikkeling en operationalisering van een theorie van 'rechtsstatelijke deugzaamheid' van rechters.

Het artikel van Kuiper maakt inzichtelijk hoe de betrokkenheid van de nationale rechter in een gelaagde rechtsorde heeft geleid tot een versterking van diens rol in het rechtsstatelijke evenwicht van machten. In theoretisch opzicht sluit haar analyse aan bij de inmiddels rijke wetenschappelijke literatuur over *transnational judicial communication* (ook wel, maar incorrecter, aangeduid als *judicial dialogue*: rechters praten, althans in rechterlijke uitspraken, meestal niet met maar enkel tegen elkaar).<sup>30</sup> Een aspect dat Kuiper aanstipt, maar niet verder bespreekt, betreft de strategieën die sommige nationale rechters in het kader van hun transnationale betrokkenheid ontwikkelen om hun institutionele positie te versterken. Nationale rechters kunnen uit jurisprudentie van internationale of buitenlandse hoven inspiratie putten voor de rechterlijke argumentatie in een nationale zaak. Een verwijzing naar oordelen van gezaghebbende buitenlandse rechters kan bovendien een extra legitimatie geven aan rechterlijke uitspraken die de nationale politiek onwelgevallig zijn.<sup>31</sup> Naast deze invloeden in de nationale context, biedt het internationale toneel voor rechters een mogelijkheid om zich als rolmodel te profileren. Een strategie van *judicial diplomacy* kan invloed hebben op de opbouw van een rechtsstaat en de vormgeving van rechterlijke onafhankelijkheid elders in de wereld.<sup>32</sup> Normatieve vragen die dan ter beantwoording voorliggen, hebben betrekking op de wenselijkheid van een dergelijke invloedrijke rol van nationale rechters. Met het door Kuiper positief onthaalde 'gelijkwaardige lidmaatschap van de trias' en een rol als 'vormer van de rechtsstaat' zijn we terug bij de discussie die Stam en Helmich aansneden.

Tot zover de samenvatting van de vijf bijdragen over het beginsel van rechterlijke onafhankelijkheid in het samenspel van constitutionele beginselen. Uiteraard zijn

28 Van Domselaar, 'Moral Quality in Adjudication', 33-34.

29 Overigens heeft nadruk op gedragscodes ook tot (wetenschappelijke) kritiek geleid. Zie bijvoorbeeld A.R. Mackor, 'Rechterlijke gedragscodes: over hun juridische status en het vertrouwen in de rechtspraak', in *De wisselwerking tussen recht en vertrouwen bij toezicht en handhaving (Governance & Recht, vol. 15)*, red. H.D. Tolsma & P. de Winter (Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2017), 87-110.

30 A.M. Slaughter, 'A Typology of Transjudicial Communication', *University of Richmond Law Review* 29, 1, (1994), 99-137.

31 E. Benvenisti, 'Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts', *The American Journal of International Law* 102, 2, (2008), 241-274.

32 D.S. Law, 'Judicial Comparativism and Judicial Diplomacy', *University of Pennsylvania Law Review* 163, 4, (2015), 927-1036.

Elaine Mak, Anne Ruth Mackor & Iris van Domselaar

er veel andere belangrijke deelthema's die een bespreking waard zijn. Wij denken onder andere aan de wisselwerking tussen de rechterlijke en de uitvoerende macht (in het bijzonder bij de financiering van de gerechten), de autonomie van de individuele rechter in de rechterlijke organisatie en de betekenis van nieuwe maatschappelijke bewegingen voor de rechtsstatelijke instituties (in de rechtspraak zichtbaar in *public interest litigation*, zoals de Urgenda-zaak). Voorliggende bijdragen stellen belangrijke oude en nieuwe vragen aan de orde en zetten aan tot reflectie, naar wij hopen in zowel het wetenschappelijke als het maatschappelijke debat.